

Dürfen Private Ungeimpfte in Zukunft benachteiligen? Zur Bedeutung des sozialadäquaten Corona-Restrisikos

Gastautor

2021-02-15T12:31:53



von

MANUEL BERTHOLD BUCHER

Die Frage nach der Zulässigkeit von Impfprivilegien für bereits Geimpfte ist derzeit in aller Munde. Sie wird im Zuge der Corona-Pandemie nicht nur unter rechtlichen, sondern auch unter ethischen bzw. moralischen Gesichtspunkten diskutiert, wovon etwa die jüngste Ad-hoc-Empfehlung des [Deutschen Ethikrates](#) zeugt. Dabei ist es zunächst wichtig, zwischen einer Privilegierung durch den Staat einerseits und durch Private andererseits zu unterscheiden. Ebenso erscheint es notwendig, zwischen der heutigen Situation, in der noch nicht genügend Impfstoff zu Verfügung steht, und der künftigen, sich wohl im Sommer erst einstellenden Situation, dass für alle Impfwilligen eine Impfung möglich sein wird, zu differenzieren. Ich werde mich vorliegend allein der Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung von Geimpften und Ungeimpften durch Private ab dem Zeitpunkt widmen, ab dem die Gesamtbevölkerung tatsächlichen Zugang zum Impfstoff hat bzw. hatte. Mit diesem Zeitpunkt wandelt sich die derzeitige Gefahr in ein sozialadäquates Restrisiko.

Im Grundsatz: Privatautonomie

Grundsätzlich können sich Private, etwa private Konzertveranstalter, auch nach dem besagten Zeitpunkt auf ihre Privatautonomie berufen und frei darüber entscheiden, mit wem sie Verträge schließen möchten und mit wem nicht (sog. *negative Vertragsfreiheit*). Mangels hier einschlägiger ausdrücklicher gesetzlicher Einschränkungen der Privatautonomie, durch das Grundgesetz selbst oder etwa durch das [AGG](#), könnte allenfalls unter Rekurs auf das weite Feld der Drittwirkung

der Grundrechte eine Ungleichbehandlung potentieller Vertragspartner als unzulässig zu werten sein.

Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Unmittelbar ist nach Art. 1 III bzw. Art. 20 III GG nur der Staat grundrechtsverpflichtet. Private sind dagegen nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, können jedoch ausnahmsweise einer abgeschwächten Grundrechtsbindung unterliegen, sofern die vom BVerfG entwickelte Figur der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ([BVerfGE 7, 198, 205](#) – *Lüth*) einschlägig ist. Die Grundrechte verkörpern danach neben ihrem Abwehrgehalt eine „allgemeine Wertordnung“, die auch auf die Privatrechtsordnung ausstrahlt. „Einfallstore“ dafür stellen etwa die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Generalklauseln des bürgerlichen Rechts dar.

In seiner „Stadionentscheidung“ ([BVerfGE 148, 267](#)) hat das BVerfG ausdrücklich bekräftigt, dass der allgemeine Gleichbehandlungssatz aus Art. 3 I GG dahingehend eine mittelbare Drittwirkung entfaltet, dass *„bestimmte Personen“* bei Veranstaltungen, *„die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden,“* wie etwa bei Massenveranstaltungen, nicht ohne *sachlichen Grund* ausgeschlossen werden dürfen. „Einfallstor“ war in dieser Entscheidung insoweit das ausgeübte privatrechtliche Hausrecht des privaten Veranstalters. Hinzutreten muss nach dem BVerfG, dass der Private durch die Ausübung seiner (negativen) Vertragsfreiheit mit Blick auf die „Ausgeschlossenen“ in *„erheblichem Umfang über deren Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet,“*. Eine vergleichbare Argumentation ist etwa in Bezug auf Monopole, insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge anerkannt, wenn ein Vertragsschluss *willkürlich* bzw. *ohne sachliche Gründe* abgelehnt wird.

Übertragbarkeit auf von Privaten gewährte Impfprivilegien

Nun stellt sich die entscheidende Frage: Sind derzeit diskutierte, durch Private gewährte Impfprivilegien mit den eben genannten Fallgruppen kongruent?

Die durch Private erfolgende Differenzierung zwischen Geimpften und Ungeimpften bedeutet, auch wenn die Privilegierung an ein eher allgemeines Merkmal geknüpft wird, dennoch den Ausschluss *bestimmter* Personen. Was das Handeln etwa von Konzertveranstaltern oder Stadionbetreibern anbelangt, so dürfte also, soweit es sich um Massenveranstaltungen handelt, die Argumentation der „Stadionentscheidung“ ohne Weiteres übertragbar sein. Betrachtet man dagegen etwa private Bahnunternehmen, Fluglinien oder große Supermarktketten, kann auf ihre Monopolstellung sowie ihre konkrete Bedeutung für die Daseinsvorsorge abgestellt werden.

Bei wieder anderen, denen zwar für sich genommen keine Monopolstellung zukommt, deren jeweiliger Geschäftszweig aber der Daseinsvorsorge angehört oder allgemein in besonderer Weise das „gesellschaftliche Leben“ prägt, kommt es auf den konkreten Einzelfall an. Zu denken ist beispielsweise an den örtlichen

Supermarkt, das Theater in privater Trägerschaft oder das Weinfest eines Vereins. Was bei der grundsätzlich eher restriktiv zu handhabenden Versagung der Privatautonomie vorliegend keinesfalls übersehen werden darf, ist die *Singularität* der aktuellen Corona-Krise. Es ist nämlich mit hoher Wahrscheinlichkeit zu befürchten, dass die kein Monopol innehabenden Privaten reihenweise Impfprivilegien voneinander und erst recht von den „Großen“ übernehmen könnten. Die Folge wäre, dass letzten Endes kaum ein Privater verbleiben würde, der einem solchen „Trend“ nicht anheimfällt, sodass eine einer Monopolstellung in ihrer Wirkung gleichkommende Situation entstünde, die eine analoge Beurteilung erforderlich macht.

Fremdgefährdung versus Selbstgefährdung

Fraglich ist schließlich, ob ein sachlicher Grund für die angestrebte Ungleichbehandlung vorliegt. Mit Blick auf die zukünftige Entwicklung der Corona-Krise stellt sich die Frage nach einem sachlichen Grund in jedem Fall anders dar, als dies heute unter Umständen noch der Fall ist. Denn mit dem Zeitpunkt, ab dem für einen weit überwiegenden Teil der Bevölkerung oder zumindest für alle „Impfwilligen“ eine Impfung möglich ist, entfällt die von Ungeimpften ausgehende *Fremdgefährdung* zumindest in einem derart hohen Maße, dass das verbleibende *Restrisiko* schlicht als *sozialadäquat* hinzunehmen ist. Wenn ein willentlich Ungeimpfter sich alsdann in die Öffentlichkeit begibt, etwa wenn er eine Massenveranstaltung aufsucht, gefährdet er nun nur noch sich selbst sowie alle anderen Ungeimpften. Wenn sich diese ebenso willentlich gegen eine Impfung entschlossen haben und sich in die Öffentlichkeit begeben, sich also einer potentiellen Gefahr aussetzen, besteht zumindest konkludent eine *einverständliche Fremdgefährdung*, die funktional betrachtet der reinen *Selbstgefährdung* sehr nahe kommt. Nichts anderes kann insoweit auch für die Person des privaten Veranstalters selbst sowie für seine Beschäftigten gelten.

Gegen dieses Ergebnis könnte eingewendet werden, dass es Menschen gibt, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können oder bei denen die Wirkung des Impfstoffs versagt. Dies wird auch in Bezug auf die Zulässigkeit von Impfpflichten, etwa bei der Masernimpfpflicht, diskutiert. Dort sind es Kleinstkinder, bei denen eine Impfung noch nicht möglich ist und deren Infektion unter Umständen auch erst Jahre später *gravierendste* und *fatalste* Spätfolgen zeitigen kann. In unserem Fall ist aber Folgendes anders: Erstens wird den COVID-19-Impfstoffen eine sehr hohe Wirksamkeit zugesprochen, zweitens wird angenommen, dass eine COVID-19-Infektion bei Kindern, für die ein Impfstoff zumindest heute noch nicht zugelassen ist, gemeinhin weder gravierende noch fatale Folgen auslöst, und drittens ist eine sich mit Fortschreiten der Impfkampagne einstellende Herdenimmunität zu erwarten, die das für Ungeimpfte verbleibende Restrisiko erheblich minimiert. Ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung kann dann also nicht mehr bejaht werden.

Unabhängig davon, ob bzw. wann eine Herdenimmunität erreicht wird, muss ab dem oben genannten Zeitpunkt für diejenigen, die sich etwa aus medizinischen Gründen

nicht impfen lassen können, ein spezifischer Schutz Vorrang haben vor anderen, die Allgemeinheit in ihrer Freiheit einschränkenden Maßnahmen.

Fazit und Ausblick

Damit ist eine Impfprivilegierung durch Private ab dem Zeitpunkt, ab dem zumindest die Gesamtbevölkerung die Möglichkeit hatte, geimpft zu werden, unzulässig. Für die gegenwärtige Lage, d.h. bis zum Eintritt eines solchen Zeitpunkts kann unter Umständen etwas anderes gelten. Davon zu trennen ist freilich die nicht per se außerhalb des Rechts stehende Frage einer ethischen Vertretbarkeit derartiger Privilegierungen.

Über die behandelte Differenzierung zwischen Ungeimpften und Geimpften durch Private hinaus hat der vorgeschlagene Zeitpunkt, in dem sich die *Fremdgefährdung* in ein *sozialadäquates Corona-Restrisiko* wandelt, erhebliche Bedeutung. Nicht nur die Verfassungsmäßigkeit der weitreichenden Einschränkungen der Freiheitsrechte im Zuge der Corona-Maßnahmen entfällt mit diesem Zeitpunkt größtenteils. Auch eine potentielle staatliche Impfpflicht – eine zumindest *faktische Impfpflicht* wäre die Folge, würde man oben beschriebene Differenzierung durch Private hinnehmen – würde ebenfalls ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung einbüßen.

Rechtspolitisch stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit Gleichbehandlungsgebote von Geimpften und Ungeimpften schaffen sollte. Ob unter Umständen sogar eine Pflicht des Gesetzgebers hierzu anzunehmen sein könnte, muss zu gegebener Zeit andernorts diskutiert werden.

Abschließend muss ganz allgemein gelten: Die Inkaufnahme sozialadäquater Restrisiken bedeutet nicht die Preisgabe von Grundrechten, sondern ermöglicht erst ihre Ausübung. Ein freiheitlicher Rechtsstaat, der Restrisiken gänzlich ausschließen will, zahlt hierfür den Preis der Freiheit des Einzelnen wie der Gesellschaft insgesamt.

Zitiervorschlag: Manuel Berthold Bucher, Dürfen Private Ungeimpfte in Zukunft benachteiligen? Zur Bedeutung des sozialadäquaten Corona-Restrisikos, JuWissBlog Nr. 17/2021 v. 15.02.2021, <https://www.juwiss.de/17-2021/>.



Dieses Werk ist lizenziert unter einer [Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

.pf-button.pf-button-excerpt { display: none; }

